

## University of Groningen

### Gemeen recht in Groningen

Brandsma, F.

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Brandsma, F. (2000). *Gemeen recht in Groningen: enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter*. Chimaira Publishing.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

*Cavendum autem est, ne homines  
propter minimam moram  
emungantur et pessumdentur.*

## **Gemeen recht in Groningen**

*Mijnheer de Rector Magnificus, dames en heren,*

Het regent en het is november:  
Weer keert het najaar en belaagt  
Het hart, dat droef, maar steeds gewender,  
Zijn heimelijke pijnen draagt.

De zaak van de heer Hauer uit Huizen was een deerniswekkende. Hauer had zich veel voorgesteld van camping 'De Tonmolen' te Paasloo. Hij had deze in december 1990 gekocht voor f 900.000,- en de levering zou uiterlijk op 1 januari 1993 plaatsvinden. Tot die tijd zou hij de kampeerplaats reeds uitbaten en daarvoor een exploitatievergoeding betalen. Hauer kwam echter in zijn verwachtingen bedrogen uit. Al gauw bleek namelijk dat de elektrische installatie niet deugde. Zij was levensgevaarlijk en moest binnen één week worden vernieuwd. Bovendien bleek de kantine die bij de kampeerplaats hoorde niet te beantwoorden aan de inrichtingseisen van de Drank- en Horecawet, zoals de gemeente Ijsselham hem meedeelde. Kortom, wat betreft de heer Hauer was het reeds binnen een jaar: voorbij, voorbij, o en voorgoed voorbij.

Hauer stelde zijn verkoper Monda Recreatie BV - dat klinkt in ieder geval al flink fout - in gebreke en sommeerde haar de mankementen te verhelpen. Hij voegde daaraan toe dat hij de overeenkomst ontbonden zou achten als Monda binnen de haar gestelde termijn niet afdoende zou reageren. Bovendien maakte hij dan aanspraak op de overeengekomen boete van 10% van de koopsom, zijnde f 90.000,-. Deze boete was in artikel 13 van de koopovereenkomst opgenomen en werd verbeurd in geval één van partijen nalatig bleef 'in de nakoming van een of meer der uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen.' Hauer betaalde vervolgens een deel van de door hem verschuldigde exploitatievergoeding niet. Per 1 oktober 1991 beëindigde hij de exploitatie van de kampeerplaats.

Hier was het 'een en ander misgelopen', zoals de Advocaat-Generaal Spier bij de Hoge Raad later met een fijn gevoel voor understatement vaststelde. Partijen belaagden elkaar vervolgens over en weer met vorderingen. Monda dagvaardde Hauer voor de Rechtbank Utrecht en Hauer stelde een eis in reconventie in. Nadat in rechte was vastgesteld dat de overeenkomst per 1 oktober 1991 was beëindigd spitste de rechtsstrijd zich in cassatie met name toe op de vraag in hoeverre Monda recht had op de boete van f 90.000, omdat Hauer nalatig was gebleven de exploitatievergoedingen over augustus en september te voldoen. Het ging om een bedrag van ruim f 14.000 dat hij niet had betaald. Het Hof Amsterdam had geoordeeld dat Monda inderdaad nog recht had op die f 14.000 en had partijen verder over en weer veroordeeld tot betaling van de gevorderde boetes van f 90.000. Kortom, de wanprestatie van Hauer - excuseer, toerekenbare tekortkoming in de nakoming zou ik tegenwoordig moeten zeggen, maar dat krijg ik niet over de lippen -, de wanprestatie van Hauer dus werd even zwaar beboet als die van Monda en Hauer diende per saldo nog een bedrag aan Monda te betalen. Een wat onbevredigende afloop van het geschil zo leek het. De Advocaat-Generaal vond zelfs dat de zaak 'een triest karakter' had, met

name omdat Hauer een particulier was, 'voor wie veel op het spel stond.'

Het Hof had zeer kortaf - summier zei de Hoge Raad - geoordeeld dat er onvoldoende grond was om de door Hauer verschuldigde boete te matigen. Het maakte dus geen gebruik van de bevoegdheid die art. 6:94 lid 1 BW geeft aan de rechter om op verlangen van de schuldenaar de bedongen boete te matigen, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Tegen dit oordeel richtte zich één van Hauers middelen van cassatie. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 13 februari 1998 dat deze motivering van het Hof niet toereikend was. Hauer had zich met name beroepen op de omvang van de schade die hij leed door de beëindiging van de overeenkomst - schade die hij op grond van een bepaling uit het contract niet vergoed kreeg - en op zijn onervarenheid als omstandigheden die een matiging van de boete konden rechtvaardigen. Het Hof had een en ander volgens de Hoge Raad na te gaan, 'zulks in het licht van de overige omstandigheden van het geval.' Van belang was daarbij vooral dat het beding, naar de uitleg van het Hof, de boete oplegde - ik citeer - 'bij elke tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst,' terwijl het bedrag van de boete, die 10% van de koopsom beliep, vooral leek te zijn afgestemd op 'een tekortkoming die grond geeft voor algehele ontbinding van de overeenkomst.' Hier bevatte het boetebeding één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen. In een dergelijk geval lag het volgens de Hoge Raad voor de hand dat in beginsel de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt. Hij kan dan, voor wat betreft het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde boete, differentiëren naar gelang van de ernst van de tekortkoming en van de schade die is veroorzaakt. Hierbij was van belang dat het ging om het niet betalen van f 14.000 door Hauer, terwijl 'beide partijen over en weer belangrijke vorderingen op elkaar pretendeerden en vernietiging dan wel ontbinding van de overeenkomst verlangden.' Verrekening van het uiteindelijk over en weer verschuldigde op een later tijdstip lag derhalve in de lijn der verwachtingen.

Dit oordeel verbaasde enigszins na de conclusie van de Advocaat-Generaal, die weliswaar, zoals gezegd, het trieste karakter van de zaak benadrukte, maar geen reden zag Hauer juridisch tegemoet te komen. Integendeel, hij roemde het oordeel van het Hof ter zake, dat volgens hem door helderheid en beknoptheid uitmuntte. Het contract stelde immers een boete van f 90.000 op niet-nakoming. Hier was sprake van niet-nakoming. Daarom was de boete verschuldigd. Bovendien was het de vraag of het wel mogelijk was 'een werkelijk overtuigende motivering te geven zonder te vervallen in weinig zeggende algemeenheden.'

Ook Hijma was, in zijn noot onder het arrest, van oordeel dat de Hoge Raad hier 'nieuw recht' had gevormd. Voorheen immers werd doorgaans aangenomen dat ook in dit soort gevallen matiging uitzondering was. Het verzoek daartoe door de schuldenaar en de inwilliging van dat verzoek door de rechter zouden dus nader moeten worden gemotiveerd. Niet zozeer het besluit niet te matigen. Hij verweet de Hoge Raad 'enigszins op twee gedachten te hinken.' De Hoge Raad had immers eerst vastgesteld dat volgens de uitleg van het beding door het Hof de boete verschuldigd was bij elke tekortkoming. In dat geval kan het volgens Hijma toch geen regel zijn dat de boete niet bij iedere tekortkoming volledig verschuldigd is, maar slechts bij 'centrale' tekortkomingen. Wil men dat laatste aannemen dan moet het beding die uitleg toelaten. Hij probeert de beslissing van de Raad aldus te verklaren dat deze - ik citeer - 'het oog heeft op gevallen waarin de boete weliswaar aan iedere tekortkoming is verbonden, maar dit punt door de partijen niet (goed) is doordacht, zodat het overeengekomene nauwelijks of niet door een materieel besef wordt gedekt.' Het zou dan dus met name gaan om 'de mate waarin betrokkene zich van de strekking van het beding bewust is geweest.'

Het lijkt op het eerste gezicht inderdaad opmerkelijk te noemen dat de Hoge Raad in dit soort gevallen matiging eerder regel acht dan uitzondering. Het artikel dat hier moest worden

toegepast, art. 6:94 BW, was nog maar net zes jaar oud toen de Raad zijn beslissing nam. Dat artikel geeft in afwijking van het oude wetboek de bevoegdheid aan de rechter overeengekomen boetes te matigen op verlangen van de schuldenaar indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Bij de totstandkoming van het artikel is één en andermaal uitgesproken dat dit criterium is bedoeld om de rechter tot terughoudendheid te manen. Een vuistregel die de rechter verplicht in dit soort gevallen juist zijn afwijzing van het matigingsverzoek nader te motiveren lijkt niet echt te getuigen van terughoudendheid.

Bij nader inzien echter behoeft het oordeel van de Hoge Raad minder verbazing te wekken. Het is immers nog geen zeven jaar geleden dat art. 1345 van het oude BW op dit soort gevallen van toepassing was. Daarin was bepaald dat de straf, oftewel de boete, door de rechter gewijzigd kon worden, indien de hoofdverbintenis voor een gedeelte was vervuld. Dat artikel zou, indien het nog gold, ongetwijfeld ook op het trieste geval van de heer Hauer van toepassing zijn geweest. Hij had immers zijn hoofdverbintenis voor het grootste deel vervuld en voor slechts twee van de negen maanden de verschuldigde exploitatievergoeding niet betaald. Die mogelijkheid tot wijziging bestond echter alleen indien niet bleek dat de partijen anders waren overeengekomen. Die horde had de Hoge Raad hier op de door Hijma bekritiseerde wijze genomen. Men zou, als men dat al zou willen, hier, met een afschuwelijke van Snijders afkomstige term, kunnen spreken van retrociperende interpretatie.

Nu zal voor een aantal civilisten deze rechtshistorische sprong terug in de tijd van maar liefst zeven jaar al te veel van het goede zijn. Ik zou echter, dat zal u niet verbazen, nog verder terug willen gaan en deze pogingen het wiel opnieuw uit te vinden van grotere afstand in de tijd willen bekijken. Niet omdat ik met alle geweld terug in de tijd wil gaan. Integendeel, ik zou graag willen gaan, om zo te zeggen met een hier niet passende, maar juist daarom gebruikte term, 'back to the future.'

Het boetebeding heeft vanouds twee taken. In de eerste plaats is het bedoeld om als straf te dienen voor het geval een schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. Daardoor wordt op indirecte wijze bevorderd dat de schuldenaar vrijwillig na zal komen. Dat geschiedt het best door de boete zo hoog mogelijk te stellen, zodat de keuze tussen nakoming en betaling van de boete in werkelijkheid voor de schuldenaar niet bestaat. In dit geval zou men ook kunnen spreken van een strafbeding.

In de tweede plaats is het bedoeld om bij voorbaat een bedrag aan schadevergoeding vast te stellen dat de schuldenaar moet betalen als hij niet nakomt. Dat kan zeer praktisch zijn in gevallen waarin de schade die het gevolg is van wanprestatie niet eenvoudig is vast te stellen. Men zou in dit geval kunnen spreken van een schadevaststellingsbeding. In de praktijk worden meestal beide doelen tezamen nagestreefd. Men zou dan kunnen spreken van een boetebeding dat een straftaak en een schadevaststellingstaak heeft. De reden dat er in bouwovereenkomsten bijvoorbeeld zo veelvuldig boetebedingen zijn te vinden is dan ook dat het belang bij tijdige oplevering doorgaans groot is en de schade die het gevolg is van vertraagde oplevering moeilijk valt te berekenen. Hetzelfde geldt voor koopovereenkomsten van onroerend goed, of onroerende zaken zo u wilt. Een legertje verwante makelaars bevestigde mij dit.

Beide taken van het boetebeding staan echter in zekere zin op gespannen voet met elkaar. Wil het beding immers als schadevaststellingsbeding werken dan is het streven van partijen erop gericht het bedrag van de werkelijke schade zoveel mogelijk te benaderen. Wil het beding als strafbeding werken dan dient de boete liefst prohibitief hoog te zijn en het bedrag van de werkelijke schade fors te overstijgen. Wat men dan ook wel aantreft in de praktijk zijn bedingen waarin een boete verbeurd wordt verklaard naast vergoeding van alle kosten, schaden en interessen. Ook het beding van de heer Hauer en Monda was er zo een.

In abstracto is tegenover dit soort bedingen een drietal standpunten te verdedigen. Men kan zich

op het standpunt van de contractsvrijheid stellen en oordelen dat partijen zonder enige beperking of matiging aan dit soort bedingen zijn gebonden. Ze zijn immers vrijwillig overeengekomen en *pacta sunt servanda*. Een dergelijk standpunt moet aan de Romeinse juristen worden toegeschreven. De hoogleraar Voet bijvoorbeeld, die rond 1700 in Leiden het Romeinse recht onderwees, haalde de mening van Ulpianus aan dat degene die zichzelf de verplichting van nakoming heeft opgelegd geen gehoor van de rechter verdient, en, zo voegde hij daaraan toe, zichzelf dat mag verwijten. Kortom, boontje komt om zijn loontje. De samenstellers van de Franse Code civil en in hun voetspoor die van ons oude Burgerlijk Wetboek hebben in beginsel dat standpunt ingenomen.

Men zou echter ook kunnen oordelen dat de bevoegdheid te straffen er één van de overheid is en dat het in strijd is met de openbare orde de vaststelling van straffen aan partijen over te laten. Een dergelijke houding neemt het Engelse recht bijvoorbeeld aan. Dat onderscheidt tussen zogeheten 'penalties,' louter strafbedingen, die ongeldig zijn en zogeheten 'liquidated damages,' schadevaststellingsbedingen, die in beginsel geldig zijn, mits ze het bedrag van de werkelijk geleden schade niet al te zeer overstijgen. Het nut van dat soort bedingen ligt dan nog enkel in de omkering van de bewijslast ter zake van de hoogte van de schadevergoeding. Rust die immers normalerwijze op de schouders van de schuldeiser, in het geval van een schadevaststellingsbeding is het aan de schuldenaar overgelaten aan te tonen dat het vastgestelde bedrag de werkelijke schade te zeer overstijgt.

Tussen deze beide uitersten in kan men de opvatting huldigen dat het partijen in beginsel vrijstaat boetes overeen te komen, maar dat er grenzen zijn en dat al te forse boetes gematigd dienen te worden. Dat is inmiddels het standpunt van het Nederlandse recht geworden. Lid 3 van art. 6:94 bepaalt dan ook het partijen niet vrijstaat de matigingsbevoegdheid die de rechter heeft ten gunste van de schuldenaar contractueel uit te sluiten. De bepaling is derhalve van dwingend recht en stelt grenzen aan de contractsvrijheid van partijen.

Hoe zat dat nu naar gemeen recht? In het gemene recht zijn al deze standpunten terug te vinden. Met de term gemeen recht of *ius commune* wordt doorgaans aangeduid het geheel aan rechtsregels van veelal Romeinsrechtelijke, en soms ook canoniekrechtelijke of anderssoortige, oorsprong dat in de tijd voor de nationale codificaties, ruwweg van de twaalfde tot en met de achttiende eeuw, vrijwel overal in Europa kon worden aangewend bij gebreke aan eigen plaatselijk recht. Het was een subsidiair recht waarop men kon terugvallen als er geen lokaal recht was dat de te beslissen kwestie beheerste. Dat laatste betekende dat de gelding van het gemene recht om te beginnen afhankelijk was van het aantal plaatselijke rechtsregels dat er een uitzondering op vormde. Hoe meer plaatselijk recht, hoe minder gemeen recht en omgekeerd. Van het gewest Friesland ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden, ruwweg gedurende de zeventiende en achttiende eeuw, werd bijvoorbeeld gezegd dat er het Roomse recht, zoals het gemene recht ook wel kortweg werd aangeduid, zuiverder werd onderhouden dan elders in de christelijke wereld. Dat was het gevolg van het grotendeels ontbreken van eigen Fries recht. Destijds zat men daar niet mee in Friesland en constateerde men met enige trots dat het sinds kort zogenoemde Rooms-Friese recht meer Rooms dan Fries was. De weerspiegeling van dat feit is te vinden onder de auteurs van een recent verschenen boek van die titel, te weten de collega's Jansen en Lokin en uw spreker vandaag: twee Roomsen, tegen één halve Fries. In Holland daarentegen was in diezelfde tijd het aantal plaatselijke uitzonderingen op het gemene recht enigszins groter, zodat er minder gemeen recht gold. Soortgelijke waarnemingen zou men kunnen doen van bijvoorbeeld het Saksische recht, het Savooise recht, het recht van Parijs, het Toscaanse recht, het Schotse recht, en ga zo maar door.

In die zin is er derhalve van één uniform Europees gemeen recht nimmer sprake geweest. Hetzelfde kan men echter waarnemen in de landen waar de zogeheten *common law* geldt. Die

term betekent ook gemeen recht of *ius commune*. Als we bijvoorbeeld naar het recht van de Verenigde Staten kijken dan geldt daar de *common law* in de ongeveer vijftig staten die dat systeem hanteren in verschillende omvang. Er zijn namelijk plaatselijke afwijkingen die door de diverse wetgevers en rechters worden bepaald. Desalniettemin beweert niemand dat er daarom niet van de *common law* kan worden gesproken. De kern is immers gemeenschappelijk en dat geldt ook, om een paar te noemen, voor het Canadese, het Australische, het Nieuw Zeelandse en het Engelse recht.

In nog een andere zin kan van het gemene recht niet gezegd worden dat het een uniform Europees recht is geweest. Verschilde de toepassing ervan van plaats tot plaats, zoals we hebben gezien, ook verschilde zij vanzelfsprekend van tijd tot tijd. Dat recht werd niet van de twaalfde tot en met de achttiende, en soms zelfs tot en met de negentiende eeuw, op dezelfde wijze toegepast. Sterker nog: op één en hetzelfde tijdstip liepen de opvattingen van de geleerden over de interpretatie van met name het *Corpus Iuris Civilis* eigenlijk als regel uiteen. Dat heeft natuurlijk te maken met de aard van geleerden: die worden geacht het met elkaar niet eens te zijn, want wat is een geleerde zonder een eigen afwijkende mening? Dat heeft ook te maken met de aard van juristen: die worden ervoor betaald om het met elkaar niet eens te zijn. Men bedenke daarbij dat het gemene recht aanvankelijk een met name geleerd recht was dat voornamelijk aan de universiteiten werd beoefend en dat dat pas langzamerhand, en hier eerder, daar later, door de receptie van dat recht in de praktijk ingang vond. Met enige overdrijving en versimpeling zou men kunnen zeggen dat aan het eind van de middeleeuwen de geleerden het arsenaal aan mogelijke argumenten en oplossingen hadden opgebouwd dat sindsdien in de praktijk nu eens in deze zin en dan weer in andere zin, al naar gelang van gebleken praktische behoefte, kon worden geplunderd. Meer in het algemeen kan worden gezegd dat de kwesties die het privaatrecht moet beslechten telkens weer grotendeels dezelfde zijn, dat de mogelijke oplossingen die worden aangedragen ook dikwijls dezelfde zijn en in de loop van de tijd één voor één zijn uitgeprobeerd, dat nu eens de voordelen van de ene oplossing de nadelen overwegen en dat dan weer de nadelen dringen tot de keuze van een andere oplossing. De slinger van het recht staat nu eens aan de ene kant stil en dan weer aan de andere, maar meestal is hij onderweg.

Terug nu naar het boetebeding en de matigingsbevoegdheid van de rechter. Het *Corpus Iuris Civilis* bevat, zoals gezegd, geen bepalingen die met zoveel woorden de mogelijkheid van matiging van overeengekomen boetes bevatten. Het behoeft dan ook geen verbazing te wekken dat er een traditie in het gemene recht is te vinden die aan dat Romeinsrechtelijke uitgangspunt wenst vast te houden. De voornaamste vertegenwoordiger van dat standpunt is Azo. Azo onderwees het Romeinse recht aan het eind van de twaalfde en het begin van de dertiende eeuw te Bologna en is vooral beroemd geworden vanwege zijn *Summa* op de Codex, dat het middeleeuwse leer- en handboek van Romeins recht werd. Azo vond dat een bij wijze van schadevergoeding bedongen boete op geen enkele manier kon worden gematigd. Hij was streng in de leer zoals ook blijkt uit de anekdote over zijn ontmoeting met keizer Hendrik VI in het jaar 1191. Toen de keizer namelijk aan Azo en aan Lotharius Cremonensis vroeg aan wie het *imperium merum*, laten we zeggen de hoogste macht, toekwam, antwoordde Lothar C. dat dat alleen de keizer was. Hij werd voor dat antwoord beloond met een paard. Volgens Azo evenwel kwam dat *imperium* ook aan andere hoge overheden, zoals koningen, toe. Dat antwoord kostte hem een paard, waarop hij in zijn *Summa* een gymnasiastengrapje meende te moeten maken, waarbij hij een woordspeling maakte met behulp van het Latijn voor paard (*equum*) en het Latijn voor billijk (*aequum*), een grapje dat ik u zal onthouden vanwege zijn hoge Seth Gaaikemagehalte.

De geleerde discussie over de eventuele matigingsbevoegdheid van de rechter bij een contractuele boete vond met name plaats aan de hand van een beruchte Codex-constitutie, te

weten de enige constitutie van titel 7,47. Het betreft hier een constitutie van keizer Justinianus uit het jaar 531, waarin deze paal en perk probeert te stellen aan de hoogte van het bedrag aan schadevergoeding dat de rechter kan toekennen. Hij bepaalt daarin, voorzover hier van belang, dat bij contracten die een prestatie van een bepaalde waarde betreffen, zoals koopovereenkomsten, het bedrag van eventueel toe te kennen schadevergoeding in geval van wanprestatie het dubbele van die waarde niet mag overtreffen. Is een gekochte zaak bijvoorbeeld f 10.000,- waard dan is het bedrag aan schadevergoeding dat de koper kan vorderen in geval de verkoper niet levert beperkt tot hooguit f 20.000,-. Die bepaling was bedoeld om de toe te kennen schadevergoeding te beperken tot het bedrag van wat men nu noemt de redelijkerwijze te verwachten schade. Vanzelfsprekend werd reeds door de glossatoren de vraag aan de orde gesteld of een dergelijk maximum ook gold voor overeengekomen boetes. Als immers de boete in plaats treedt van de schadevergoeding is het dan niet zo dat de boete niet meer mag bedragen dan het dubbele van de waarde van de prestatie?

De Accursische glosse onderscheidde maar liefst vier antwoorden op die vraag. Het eerste standpunt was dat de boete hoogstens tweemaal dat bedrag mocht belopen. Het tweede standpunt was dat viermaal dat bedrag het maximum was, zoals uit een andere tekst werd afgeleid. Volgens het derde standpunt moest men kijken of de schuldenaar wist dat hij niet meer dan twee- of viermaal de waarde van de prestatie behoefde overeen te komen. Als hij het wist en zich desondanks tot meer verplichtte kon hij aan het beding gehouden worden. Als hij het niet wist kon er worden gematigd. Tenslotte was er de opvatting van Accursius zelf. Die hield in dat wanneer het bedrag in het algemeen was vastgesteld op een aantal malen de waarde van de prestatie dan was het viervoudige de bovengrens. Was echter een bepaald bedrag overeengekomen dan was de schuldenaar daaraan gehouden. Accursius schijnt eens van zichzelf gezegd te hebben dat zijn naam afgeleid was van het Latijn voor toelopen of tegemoet lopen, *accurrere*, en dat hij de duisternis van het recht tegemoet was getreden en het recht te hulp was gesneld. Of zijn onderscheid hier de duisternis verdreef waag ik te betwijfelen. Hij had met dat onderscheid getracht Azo's opvatting in harmonie te brengen met de door Azo bestreden mening en zodoende in ieder geval zijn leermeester tevreden gesteld. Ook dat kan soms van belang zijn, maar daarvoor zult u moeten wachten tot de dankwoorden aan het eind van mijn rede. Accursius was een praktisch man van wie wordt verteld dat hij zijn fortuin te danken had aan woekercontracten met studenten en het aannemen van geschenken bij examens. Ook dat is gemeen recht, zou ik vooral tot de dames en heren studenten willen zeggen.

Vrijwel tegelijkertijd voltrok zich in het canonieke recht een belangrijke ontwikkeling. Paus Innocentius III namelijk moest rond het jaar 1213 de bisschop van Spoleto tot de orde roepen. Hij ontving namelijk een klacht van de geestelijken van de heilige Fortunatus-kerk. Ze stelden dat ze een schuld hadden gehad aan de bisschop van veertig pond, onder de bepaling dat ze nog eens dertig pond moesten betalen als ze niet binnen de vastgestelde tijd hadden voldaan. Op het moment dat de termijn verstreek hadden ze weliswaar drieëndertig pond betaald, maar de bisschop had een veroordeling van de geestelijken weten te krijgen tot betaling van de volledige boete van dertig pond. Innocentius gispte hem en vond het zijn bisschoppelijke ambt onwaardig dat hij had gepoogd zich te verrijken ten koste van anderen door onredelijke eisen te stellen. Hij moest maar genoegen nemen met de resterende zeven pond van de hoofdsom. Over de boete moest hij de geestelijken niet meer lastig vallen. Men zou in plaats van de geestelijken van de heilige Fortunatus ook kunnen lezen: Hauer.

De decretale van Innocentius III werd opgenomen in het Liber Extra en van glossen voorzien. Eén van die glossen merkt op dat een boete slechts moet worden geeist voor het na het verstrijken van de termijn nog niet betaalde deel. Ook Azo had voor dit geval een uitzondering op zijn strikte standpunt gemaakt. Hij vond dat hier de boete moest worden verminderd in verhouding tot het

betaalde deel. Kortom, art. 1345 OBW. Volgens de strengheid van het recht echter, zo ging de glosse voort, is de boete in het geheel verschuldigd en kan zij volgens sommigen ook in het geheel worden geeist. In die mening had dan ook de rechter verkeerd die de geestelijken tot volledige betaling van de boete had veroordeeld. De glossator heeft hier het oog op het Romeinse recht dat volgens sommige van zijn Bolognese collega's tot dit strikte oordeel moest leiden. Als grond voor zijn eigen opvatting noemt hij het beginsel dat niemand ten koste van een ander moet worden verrijkt, en vooral niet, zo voegt hij toe, ten koste van een geestelijke. Een toepassing van de canonieke billijkheid dus. Dat verrijkingsbeginsel, of beter, maar minder fraai gezegd niet-verrijkingsbeginsel, zo krijgt men wel eens de indruk, is de wonderolie van het canonieke recht, die overal wordt aangewend waar ongerechtigheden uit het wereldlijke recht moeten worden weggewerkt.

Van grote invloed op de latere literatuur is het tractaat over schadevergoeding van de zestiende eeuwse advocaat bij het Parlement van Parijs Charles Dumoulin geweest. Van der Molen benadrukte het schadevaststellingskarakter van het boetebeding en wilde niets meer weten van de, zoals hij het noemde, eindeloze, pietluttige en kunstmatige kronkelpaden van de verzonnen distincties in bijvoorbeeld straf- en schadevaststellingsbedingen. Dat onderscheid vond hij niet alleen een woordenspel zonder enige wettelijke grondslag of noodzaak uitgedacht, maar zelfs averechts. Er is immers meer reden om boetes te matigen die alleen maar een strafkarakter hebben dan boetes waarmee is beoogd bij voorbaat de schade vast te stellen. Eerstgenoemde zijn immers louter lucratief, laatstgenoemde streven werkelijke schadevergoeding na.

Dumoulin meende dat C. 7,47 in het algemeen grenzen stelt aan boetes. Aan het begin van zijn betoog maakte hij de wel vaker gehoorde opmerking dat hij het kort zou houden, omdat de kwestie door oudere en nieuwere auteurs reeds zo uitvoerig, maar zo slecht was besproken, dat het hem geen moeite noch tijd zou kosten haar op te lossen. Vervolgens besteedde hij echter ruim tien paragrafen van zijn betoog aan deze oplossing. Dat bevestigt weer eens de regel dat men nooit een spreker of schrijver moet vertrouwen die zegt dat hij het kort zal houden.

De matiging waarvan hij spreekt dient te geschieden op grond van alle omstandigheden van het geval - waar hebben we dat eerder gehoord - en de billijkheid, niet op grond van een of andere vaststaande en uniforme regel. Over het algemeen vindt hij echter het dubbele van de toegezegde prestatie de grens, tenzij uit de omstandigheden van het geval blijkt dat er een goede reden was om meer te bedingen en toe te zeggen. Dat is volgens hem in overeenstemming met de natuurlijke billijkheid, de *naturalis aequitas*, en de openbare orde. Justinianus zou slechts hebben willen aangeven wat normalerwijze de billijke grens is, maar geen absolute grens hebben willen vastleggen.

De opvatting waar hij vooral tegen tekeer gaat is die van Azo. Azo immers wilde in het algemeen van geen beperking weten en vond dat partijen zelf wel een passende matiging aanlegden. Die opvatting vond Dumoulin de minste van alle, omdat de woorden 'met een passende matiging' uit de constitutie niet op partijen zelf konden slaan, maar op een rechterlijke matiging moesten duiden.

Dumoulin heeft met name Pothier beïnvloed, die de opvattingen van Azo en Dumoulin tegenover elkaar stelt. De achttiende eeuwse hoogleraar uit Orléans Pothier moet toegeven dat Azo gelijk lijkt te hebben als hij een onderscheid maakt tussen normale schadevergoeding en een overeengekomen boete. De schadevergoedingsverplichting die het gevolg is van wanprestatie is een verplichting die een schuldenaar geacht kan worden op zich te hebben genomen door het contract aan te gaan, maar slechts tot een voorzienbaar bedrag, kortom niet tot in het oneindige. Vandaar de grenzen die Justinianus stelt aan dat bedrag. Voor de boete die de schuldenaar uitdrukkelijk is overeengekomen kan niet hetzelfde gezegd worden. Daar is geen plaats voor vermoedens, omdat de schuldenaar zijn wil duidelijk heeft gemaakt. Desalniettemin acht hij de



mening van Dumoulin billijker en wel verrassenderwijs met een beroep op de bedoeling van de schuldenaar. Die heeft namelijk toen hij zich aan een buitenissige boete onderwierp gehandeld in het verkeerde vertrouwen dat hij de overeenkomst zou nakomen en de boete niet verschuldigd zou zijn. Een gedachte die Hijma, zoals gezegd, aan de Hoge Raad toeschrijft als de mate waarin de schuldenaar zich de strekking van het beding bewust is geweest. Ook de Toelichting Meijers zag hierin reeds de grond voor de bescherming van de schuldenaar. De instemming met de buitensporige boete zou volgens Pothier derhalve op een dwaling zijn gebaseerd en niet geldig zijn. Dat zou de reden zijn waarom buitensporige boetes kunnen worden gematigd tot het waarschijnlijke bedrag van de schade die de schuldeiser lijdt. Als doorslaggevend argument noemt hij vervolgens het beginsel dat de billijkheid van een schuldeiser eist dat hij zich niet verrijkt ten koste van de schuldenaar.

Men zou dan ook verwachten dat de opvatting van Pothier haar weerslag in de Code civil heeft gevonden. Dat was tot voor kort echter niet het geval. Bij de totstandkoming van art. 1152 Cc werd overwogen dat het beter leek zich in dergelijke gevallen aan het contract van partijen te houden en dat het rechters niet vrij stond naar willekeur het door partijen overeengekomene ter zijde te stellen, voorzover het beding niet in strijd met de openbare orde was. De enige mogelijkheid om tot matiging van een boete te komen werd gegeven door art. 1231 Cc, dat daarin voorziet voor het geval dat de hoofdverbintenis gedeeltelijk is nagekomen. Kortom, de Code civil nam het standpunt van Azo in en niet dat van Dumoulin en Pothier. Desondanks oordeelde het Cour de Cassation nog in 1817 op grond van het oude recht dat matiging van buitensporige boetes mogelijk was. Maar in 1866 keerde het terug op zijn schreden en ontkende elke matigingsbevoegdheid. Het behoeft geen verbazing te wekken dat het oude Burgerlijk Wetboek die bepalingen overnam en wel in de artikelen 1285 en 1345. Zoals Meijers eens heeft uitgezocht was in het verbintenissenrecht van het oud BW 5/6 van de artikelen een letterlijke vertaling van de artikelen uit de Code civil. Onder invloed van Belgische rechtspraak is in Frankrijk uiteindelijk de Code civil in 1975 aangepast en een matigingsbevoegdheid gegeven aan de rechter, omdat de schuldenaar bij het aangaan van een overeenkomst meestal toch in het nadeel is.

Hoe zat dat nu naar het Hollandse gemene recht, het recht dat in het toonaangevende gewest van de Republiek voor de codificaties gold en deel uitmaakte van wat bekend is geworden onder de naam Rooms-Hollands recht? Niemand nam, voorzover ik kan zien, het standpunt in dat een overeengekomen boete niet door de rechter gematigd kon worden. De meningen waren slechts verdeeld over de vraag of de maatstaf van C. 7,47 moest worden aangelegd, of dat er sprake was van een algemene matigingsbevoegdheid voor buitensporige boetes. Voet bijvoorbeeld stelt eerst vast dat het Romeinse recht geen beperking oplegde aan het bedrag dat bij wege van boete verschuldigd was. Degene die zo'n beding was aangegaan moest dat zichzelf verwijten. Met de voor hem karakteristieke wending *moribus hodiernis*, naar de hedendaagse gewoonten, merkt hij echter aan het eind van zijn betoog op dat een ontzaglijke boete door de rechter kan worden gematigd tot ongeveer het bedrag dat de schade redelijkerwijs kan belopen. Geen vaste grens dus maar een matigingsbevoegdheid voor kennelijk onredelijke boetes, oftewel in de woorden van art. 6:94 BW wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.

Van Bijnkershoeck - Binkershoeck zegt men in het Leidse - daarentegen benadrukt het schadevaststellingskarakter van de boete en meent daarom dat de grenzen van C. 7,47 ook op boetes van toepassing zijn. De achttiende eeuwse president van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland zet hoog in door zijn betoog te beginnen met de opmerking dat er over deze kwestie opperste verwarring heerst onder de commentatoren, zowel de oudere als de nieuwere. Na zo'n opmerking verwacht de lezer van de auteur te horen dat hij de kwestie wel eens duidelijk uiteen zal zetten, en, ja hoor, dat zegt Van Bijnkershoeck vervolgens dan ook.

Scripties van studenten die niet gebukt gaan onder een gebrek aan eigendunk, studenten die ik wel gekend heb, vangen ook vaak op die hoge toon aan. Eeuwenlang is er allerlei onzin beweerd over de betreffende kwestie, maar thans breekt het licht door. Justinianus krijgt en passant ook nog onder uit de zak van Van Bijnkershoeck. Zij namelijk die veronderstellen dat C. 7,47 is afgeschaft vergissen zich, maar zij die denken dat Justinianus met die constitutie geen zekerheid heeft verschaft in een onzekere materie vergissen zich niet. Vervolgens is de Fransman Dumoulin aan de beurt. Die heeft vanwege de verwarring veroorzaakt door die constitutie er een volledig boek over uitgeperst. Maar na lezing van dat boek zal de lezer nog meer in verwarring zijn dan reeds voorheen. Het boetebeding is volgens Van Bijnkershoeck nu juist bedoeld om al dit soort moeizame kwesties met betrekking tot het vaststellen van de geleden schade te vermijden. De boete treedt in plaats van de schade en maakt een eind aan de onzekerheid. Vervolgens bespreekt hij een groot aantal gevallen uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Daarbij blijkt echter dat Van Bijnkershoeck eigenlijk hetzelfde standpunt inneemt als Dumoulin, maar er - het zij hem toegegeven - iets minder woorden voor nodig heeft. Dumoulin had per slot van rekening ook hoog ingezet: en wie kaatst moet de geleerde bal verwachten.

Eén van de bedingen die Van Bijnkershoeck bespreekt verdient afzonderlijke vermelding, omdat de casus enigszins aan die van Hauer doet denken. Iemand had enige huisjes verhuurd voor een jaarlijkse huurprijs die ruim voldoende kon worden genoemd. Er was afgesproken dat elk kwartaal een deel van de huur diende te worden voldaan. Bovendien was er een borgsom overeengekomen van duizend florijnen die de huurder al aan de verhuurder had betaald. Voorts was afgesproken dat de borgsom bij wijze van boete aan de verhuurder zou vervallen zodra de huurder ook maar één keer ingebreke zou zijn met de voldoening van een driemaandelijks deel van de huurprijs. De huurovereenkomst bleef in dat geval echter in stand. De Hoge Raad weigerde op 22 december 1729 aan dit beding goedkeuring te verlenen, omdat de boete meer dan het dubbele van het belang van de verhuurder bedroeg. Er moest voor worden gewaakt dat mensen niet vanwege een gering verzuim werden afgezet en te gronde gericht.

Als gemeenrechtelijk beeld komt uit het bovenstaande naar voren dat matiging regel was, dat de rechter zich daarbij weinig terughoudend opstelde en dat de boete vaak werd teruggebracht tot het bedrag van de werkelijk geleden schade. In de meeste gevallen eiste de billijkheid klaarblijkelijk dat er werd gematigd. Dit resultaat werd via het Romeinse recht, maar vooral ook via de canoniekrechtelijke billijkheid, de *aequitas canonica*, bereikt.

Dat brengt ons op een rechtsstelsel dat laatstgenoemde invloed, die van de *aequitas*, op contractuele boetes in de meest vergaande vorm heeft ondergaan. Ik doel daarbij op het Engelse recht dat de contractuele boete geheel en al heeft uitgebannen.

Het beroemdste Engelse boetebeding is dat van de Koopman van Venetie. Deze koopman, genaamd Antonio, stelt zich hoofdelijk borg voor een lening aan zijn vriend Bassiano. Antonio had deze lening echter alleen weten te verkrijgen door aan de geldhandelaar Shylock toe te zeggen dat deze in geval de schuld niet werd afgelost een pond van zijn vlees zou mogen snijden. Antonio dacht dat de aflossing van de lening geen probleem zou zijn, omdat er enige schepen met zijn handelswaar onderweg waren naar Venetie. Het onverhoopte gebeurt echter. Er komt bericht dat de schepen van Antonio zijn vergaan. De lening wordt niet op tijd afgelost. Daarop heeft Shylock gewacht. Nu kan hij gebruik maken van het boetebeding om zijn handelsrivaal Antonio uit te schakelen, een rivaal die hij van oneerlijke concurrentie beticht, omdat deze, anders dan Shylock zelf, geld pleegt uit te lenen zonder rente te bedingen. Aan Shylock was de keuze gelaten uit welk deel van het lichaam van Antonio hij het pond vlees wilde snijden en zijn keuze valt op de streek rond het hart. De kwestie mondt uit in een rechtszaak tussen de beide heren, waarin Portia, de vrouw van de hoofdschuldenaar van de lening, Bassiano, buiten weten van partijen en toeschouwers zich hult in de toga van een doctor in de rechten en optreedt voor Antonio, de

vriend van haar man. De lening aan Bassiano was namelijk bedoeld geweest om het huwelijk met haar mogelijk te maken en zij voelt kennelijk een verplichting van moraal en fatsoen om de weldoener van haar en haar echtgenoot bij te staan. In een vurig pleidooi smeekt ze Shylock om genade voor Antonio. Die genade is een gave die neerdruppelt uit de hemel en die de strengheid van het menselijke recht moet temperen. Naar goddelijk recht moet dat recht worden gematigd door genade. Van genade hebben beide partijen plezier: degene die het uitdeelt en degene die het ontvangt, enzovoort, enzovoort. Shylock is echter een man van de God van het Oude Testament, die van het oog om oog, tand om tand, en moet niets van de Nieuw Testamentische softigheid hebben. Hij staat op zijn pond vlees.

Uiteindelijk moet Portia, nu haar oprechte standpunt geen genade vindt, zich overgeven aan juristerij om Antonio vrij te pleiten. Ze ontlokt Shylock de uitspraak dat hij recht heeft op zijn pond vlees, omdat dat met zoveel woorden in het contract staat en slechts een letterlijke en strenge toepassing van het recht de juiste is. Ook ontlokt ze hem de uitspraak dat hij de streek rond het hart heeft uitgekozen voor tenuitvoerlegging van het boetebeding. Daarna wijst ze Shylock erop dat het contract van vlees spreekt en niet van bloed en dat het hem door het contract dus niet is toegestaan Antonio dood te laten bloeden door een pond vlees rond het hart weg te snijden: het mocht geen onsje meer zijn. Bovendien maakt hij zich schuldig aan een halsmisdrijf door de dood te beramen van een burger van Venetie. Nu is het Shylock die om genade moet vragen. Dat krijgt hij en tenslotte lopen de schepen van Antonio alsnog binnen. Eind goed, al goed.

Shakespeare's Koopman van Venetie stamt uit 1596, het eind van de zestiende eeuw. Omstreeks diezelfde tijd begint de Engelse Court of Chancery steeds vaker in equity rechtsmiddelen te verlenen tegen contractuele boetes. Ten tijde van de regering van Elizabeth I wordt het gebruikelijk een verzoekschrift aan dat Hof te richten om remedies tegen dat soort bedingen. Aanvankelijk gaat het dan om gevallen waarin de schuldenaar zijn schuld al had afgelost, maar daar geen schriftelijk bewijs van had, of gevallen waarin de schuldenaar door overmacht niet in staat was geweest op de afgesproken tijd of plaats te betalen. Chancery gaf hem dan alsnog de gelegenheid te voldoen en dwong de schuldeiser genoeg te nemen met de betaling van de hoofdsom en redelijke vergoeding van schade. Ook wanneer de schuldenaar het grootste deel van het verschuldigde bedrag op tijd had voldaan en de schuldeiser desalniettemin de gehele boete opeiste en het aanbod tot betaling van het restant weigerde, schoot Chancery de schuldenaar te hulp. Het betrof hier dus nog bijzondere omstandigheden die aanleiding gaven tot een remedie op grond van billijkheid en geen algemene grond om boetebedingen aan te vechten.

In de loop van de zeventiende eeuw echter begon equity steeds meer in te grijpen. In 1621 bijvoorbeeld wordt gezegd 'dat onlangs mildheid is aangewend jegens alle schuldenaren, zodat schuldeisers, na vier of vijf jaar procederen met kosten in dit hof, verheugd waren weg te gaan met de hoofdsom zonder kosten of schadevergoeding.' Er is wel gesuggereerd dat Sir Francis Bacon als Lord Chancellor (1618-1622) verantwoordelijk is geweest voor deze uitbreiding van de jurisdictie van de Court of Chancery ten koste van de common law rechtbanken, die de desbetreffende boeteclausules strikt naar de letter ten uitvoer legden. Shakespeare zou hierop een satire ten beste hebben gegeven in de Koopman van Venetie en van Bacon is bekend dat hij belang stelde in Shakespeare's werken. Wat hiervan ook zij, in het vervolg van de zeventiende eeuw gaf Chancery in het algemeen een rechtsmiddel tegen boetes, wanneer de hoofdsom, met rente en kosten, alsnog werd betaald of wanneer de schade die het gevolg was van wanprestatie werd vergoed. Aanvankelijk werden boetes onder bijzondere omstandigheden nog toelaatbaar geacht, maar uiteindelijk werd tegen boetes als zodanig in het algemeen opgetreden. Werd er oorspronkelijk dus alleen in bijzondere omstandigheden tegen boetes opgetreden als de billijkheid dat eiste, op den duur werd het regel tegen boetes op te treden, tenzij de billijkheid

zich daartegen verzette. Het opeisen van boetes werd onbillijk geacht daar waar het mogelijk was de schuldeiser schadeloos te stellen voor de gevolgen van de wanprestatie. Daar waar schadeloosstelling niet mogelijk was of de schade niet kon worden geschat werd de boete toelaatbaar geacht. Zo bijvoorbeeld in de welriekende zaak van Tall tegen Ryland. Twee visboeren hadden naast elkaar gelegen winkels. Ze hadden ruzie gehad, maar ook weer vriendschap gesloten. Eén van beide beloofde zich voortaan beschaafd en als een goede buur te gedragen en de vis van de ander niet te beschimpen. Toen zijn buurman echter op een dag bot verkocht kon hij niet nalaten op te merken dat de vis stonk. Aangesproken tot betaling van de boete deed hij een beroep op equity. Tevergeefs evenwel, omdat in een dergelijk geval de schade niet kon worden gemeten, zodat de bedongen boete als gefixeerde schadevergoeding moest worden toegelaten door de rechter.

In één van de zaken waarin de Court of Common Pleas de equity-remedie overnam, *Kemble v. Farren*, ging het om een beding waarbij een bedrag van £ 1.000 was gesteld op elke tekortkoming van welke partij ook. Chief Justice Tindal merkte naar aanleiding van een dergelijk beding op dat het verbeuren van een zeer aanzienlijk bedrag in geval van niet-betaling van een zeer gering bedrag moeilijk anders dan als een boete kon worden beschouwd en dat het precies zo'n zaak was waarin equity altijd optrad tegen de boete en de common law courts dat tegenwoordig ook proberen te doen. Serjeant Spankie wist zodoende te voorkomen dat zijn client het volledige contractuele bedrag moest voldoen.

Naar Engels recht geldt dus dat de boete niet is toegestaan, maar de gefixeerde schadevergoeding wel. Als reden wordt wel gegeven dat de schuldenaar zich in het nadeel bevindt ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

Dat brengt ons terug bij Hauer en het november-weer. Turner, die deze ontwikkeling in de equity-rechtspraak heeft geschetst, vond haar afhankelijk van een overdreven en fictieve opvatting van het geweten of zelfs geheel en al zonder grond. Dickens laat zijn roman *Bleak House* beginnen op een bijzonder mistige novemberdag in de rechtszaal van Lincoln's Inn, alwaar de Lord Chancellor zitting houdt. Die mist omhult de rest verhaal, dat het verhaal is van de treurige zaak Jarndyce v. Jarndyce, waarin zo lang over een nalatenschap wordt geprocedeerd dat de zaak tenslotte moet worden geroyeerd, omdat de baten zijn opgegaan aan proceskosten. Die mist omhult vooral ook de Court of Chancery en het daar toegepaste recht. Dat die eeuwige mist ook verantwoordelijk moet worden gesteld voor een overdreven en fictieve opvatting van het geweten inzake boetebedingen durf ik niet te beweren. Die opvatting heeft er echter wel voor gezorgd dat de Engelse rechtbanken zichzelf werk op de hals hebben gehaald, want telkens weer hebben zij te beslissen of een bedongen bedrag een boete is of niet. Dickens wist wel waarom dat was: 'The one great principle of the English law is, to make business for itself.'

Hauer zou, zo moge uit het voorgaande blijken, onder alle besproken rechtsstelsels te hulp zijn geschoten. Gedeeltelijke niet-nakoming was zelfs voor boete hard-liners, zoals Azo en de Code civil tot 1975, een grond voor matiging. Zo bezien is de verbazing over de beslissing van de Hoge Raad niet terecht. Dat wil wel vaker het geval zijn wanneer men zaken van enige afstand en niet met de neus tegen de ruiten bekijkt.

Wanneer we de matigingsbevoegdheid van de rechter bij boetebedingen van enige afstand bekijken, bijvoorbeeld vanuit Groningen, dan valt de slingerbeweging op die het recht ook hier weer maakt. Het Romeinse recht, misschien met uitzondering van Justinianus, wilde niets van matiging weten, omdat een schuldenaar zich toch zelf aan het beding had onderworpen. Onder de glossatoren werden reeds voorstanders van matiging gevonden, maar met name Azo hield vast aan het strenge uitgangspunt van het Romeinse recht en zijn opvatting lijkt aanvankelijk de gemene te zijn geweest. In het canonieke recht werd de billijkheid echter in stelling gebracht om boetes te matigen tot het bedrag van de werkelijke schade. Aanvankelijk gebeurde dat alleen in

theorie en in een enkele decretale, maar later werd ook langzamerhand het wereldlijke recht beïnvloed en met name de rechtspraak van de Franse Parlementen, maar ook die van de Engelse Court of Chancery. Niet alleen de canoniekrechtelijke billijkheid, maar ook de besproken Codex-constitutie bood daartoe de gelegenheid. Via Dumoulin kwam deze leer bij Pothier terecht, maar de Code civil keerde tot voor kort weer terug naar de opvatting van de Bolognese hoogleraar Azo, hoewel de slinger van de rechtspraak aanvankelijk heen en weer ging. Met een verwijzing naar onder andere Dumoulin en de Franse jurisprudentie werd de matigingsbevoegdheid ook in het Rooms-Hollandse recht verdedigd. De Hoge Raad van Van Bijndershoek matigde dat het een aard had. Het oude BW sloot echter bij de Code civil en Azo aan. De negentiende eeuw was ook wat dit betreft de eeuw van het beginsel van de contractsvrijheid, dat vrij vertaald hier wil zeggen: bezint eer gij schuldenaar aan een boetebeding begint. De Duitse pandektisten verkondigden eveneens de leer van Azo en het Romeinse recht. Het BGB introduceerde echter in § 343 een matigingsrecht. Ook het Franse recht keerde op zijn schreden terug, dit keer in navolging van het Belgische recht. De Nederlandse rechter tenslotte begon in de jaren tachtig te anticiperen op het nu geldende BW en lijkt thans ook gelegenheid te zien te retrociperen op het oude BW.

Kortom, de Fransman Dumoulin gaat in debat met de Italiaan Azo en de Nederlander Van Bijndershoek gaat weer met hen in debat en zo Europees werd het debat onder de gelding van het gemene recht altijd gevoerd.

In de Toelichting Meijers op art. 6:94 wordt verwezen naar Pothier voor de motivering van de matigingsbevoegdheid. Pothier vond dat een schuldenaar dikwijls een boetebeding aanvaardt in de verkeerde mening dat hij niet in gebreke zal raken. Tegenwoordig zou men spreken van de mate waarin de schuldenaar zich de strekking van het beding bewust is geweest, zoals ook de Hoge Raad in de zaak Hauer volgens Hijma lijkt te doen. Men had in de Toelichting Meijers echter evengoed kunnen kiezen voor een verwijzing naar Voet of Van Bijndershoek. Dat matiging dient plaats te vinden wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist is een overweging die bij Voet te vinden is. Het Nederlandse recht is namelijk wat dit betreft, na een onderbreking van anderhalve eeuw, weer teruggekeerd in de schoot van het gemene recht. Het is mijn vermoeden dat Meijers op meer punten aansluiting heeft gezocht bij met name het Rooms-Hollandse recht, zonder dit met zoveel woorden te zeggen. Dat behoeft geen verbazing te wekken gezien zijn rechtshistorische achtergrond. Onder een arrest van de Hoge Raad van 10 november 1932 dat handelde over de matiging van een boete bij een gedeeltelijk nagekomen verplichting merkte hij na een korte rechtshistorische uitstap naar het begin van de dertiende eeuw op: 'Hoe weinig is er nog dikwijls in de rechtswetenschap na eeuwen veranderd.' Inderdaad: opvallend veel novemberweer met regen, zij het de hemelse regen van genade, dan wel de soort die overgaat in mist, en ook het hart dat door een boete wordt belaagd. De dichter die wel rust vond in Paasloo had gelijk:

altijd november, altijd regen,  
altijd dit lege hart, altijd.